

論 説

# 民法現代語化について

## ——法務省案並びに国会提出案, 成立法の比較から——

橋 本 恭 宏

### 1 はじめに

#### 1-1 民法現代語化の必要性

民法は、明治29年(1896年)の制定以来、憲法改正に伴う昭和22年の第4編(親族編)、第5編(相続編)の全面改正以後は、部分的な手直し(根抵当法, 新成年後見制度)はなされたものの、全面的な改正はなされなかった。また、法文において使用されている、片仮名、漢文をその基礎とする文語体による表記形式も、今日の日本人の教育からみても問題でもあった。ならびに、現代においてはほとんどといってよい程使用されていない用語・用字も条文中に多数残され、かねてより難解で分かりにくいとの評がなされていた。

そうした事情から、今回の現代語化(現代化ではなく現代語化である)は緊急性があるか否かは別として必要であったといえよう。また、補足説明には、「私人間の法律関係を規律する一般法・基本法である民法は、日常生活・経済活動のあらゆる場面と関連した身近な内容を含んでいるものであるから、これを国民一般が慣れ親しんだ平仮名・口語体に改め、全体として現代語化することは、緊急の課題である」との指摘がある。

そもそも、現行民法典編纂の際の方針として掲げられた第12条には、

「法典ノ文章ハ簡易ヲ主トシ用語ハ成ルヘク普通慣用ノモノヲ採ル」とされていた。そうしたことを合わせ考えると、その時代に合ったような文体、用語の改正はその趣旨に沿うものといえよう。

### 1-2 法務省が掲げた民法現代語化の基本方針について<sup>(1)</sup>

民法現代語化の基本方針として、法務省は以下のように述べている。  
すなわち、

「①第1編から第3編までの片仮名・文語体の表記を平仮名・口語体に改める、②現代では一般に用いられていない用語を他の適当なものに置き換える、③確立された判例・通説の解釈で条文の文言に明示的に示されていないもの等を規定に盛り込む、④現在では存在意義が失われている（実効性を喪失している）規定・文言の削除・整理を行う、⑤全体を通じて最近の法制執務に則して表記・形式等を整備する⑥既に平仮名・口語体となっている第4編・第5編（親族・相続）についても、第1編から第3編までとの均衡の観点から、見出しと項番号を付するとともに、最近の法制執務に則した必要最小限の表記・形式等の整備を行う」とし、「現行法の内容に実質的な変更を加えることなく条文の現代語化を図ることを旨とし」た。

### 1-3 法務省における補足説明

以下のような補足説明が加えられている。

1. 確立された判例・通説の解釈との整合を図るため改正する必要がある条文

第108条 本人があらかじめ許諾した場合には、同一の法律行為について、相手方の代理人となること（自己契約）及び当事者双方の代理人となること（双方代理）ができる旨を明らかにしている。

第109条 他人に代理権を授与した旨を表示した者は、その他人に代理権がないことについて第三者が悪意であるときのほか、過失によっ

て知らなかったときも、表見代理の責任を負わない旨を明らかにしている。

第151条 裁判所に対する調停の申立てについて、和解の申立てと同様に、相手方が出頭せず、又は調停が調わなかった場合には、1箇月以内に訴えを成起すれば時効が中断する旨を明らかにしている

第153条 催告をした後、6箇月以内に支払督促の申立て、裁判所に対する調停の申立て、再生手続参加又は更生手続参加をした場合にも、裁判上の請求、和解の申立て又は破産手続参加をした場合と同様に、時効の中断の効力が生ずる旨を明らかにしている。

第162条 占有者が善意無過失である場合に成立する10年の短期取得時効について、不動産のみならず動産についても適用される旨を明らかにしている

第192条 平穩、公然かつ善意無過失で動産の占有を始めた者が、その動産について行使する権利の取得(即時取得)をするのは、取引行為によって占有を始した場合に限られる旨を明らかにしている。

第415条 債務の不履行があった場合でも、それが債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、損害賠償の責任を負わない旨を明らかにしている。

第478条 債権の準占有者に対する弁済は、弁済者が善意であるのみならず無過失である場合に限り、有効である旨を明らかにしている。

第513条 債務の履行に代えて為替手形を発行することは代物弁済であると解されていることから、これを更改とする第2項後段の規定を削除している。

第541条 債務の不履行があった場合でも、それが債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、契約の解除をすることができない旨を明らかにしている。

第660条 寄託を受けた者(受寄者)は、権利を主張する第三者が寄託物に対して差押えをしたときのみならず、仮差押え又は仮処分を

したときも、その旨を寄託をした者(寄託者)に通知しなければならない旨を明らかにしている。

第709条 故意又は過失により他人の権利を侵害した者のみならず、他人の法律上保護される利益を侵害した者も、不法行為に基づく損害賠償の責任を負う旨を明らかにしている。

第711条 他人の身体を侵害した者は、被害者の父母、配偶者又は子が被害者の生命を侵害されたときと同等の精神的苦痛を受けたときは、生命侵害の場合と同様に、その精神的損害について賠償の責任を負う旨を明らかにしている。

第720条 他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利を防衛するためのみならず、その法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした場合にも、正当防衛が成立し、損害賠償の責任を負わない旨を明らかにしている。

2. 現在では存在意義が失われている規定・文言の削除・整理として、現第35条は、営利を目的とする社団は商事会社の設立の条件に従って法人となることができる旨及びこの場合の社団法人について商事会社に関する規定を準用する旨が規定されている(現第35条)が、商法では、①会社とは商行為をすることを業とする目的で設立した社団をいい、②営利を目的とする社団で、商法上の会社の規定によって設立したものは、商行為をすることを業としないものであっても、会社とみなす旨が規定されている(商法第52条)。そうした点より、現第35条と同旨が商法に定められているから、これとは別に民法中に重ねて規定を設ける必要はない。そこで、今回の民法現代語化案では、現第35条の規定は削除する。現第97条ノ2(現代語化案第98条)は、相手方又はその所在が不明である場合にする公示による意思表示の方法として、裁判所の掲示場に掲示し、かつ、掲示があったことを官報及び新聞紙に1回以上掲載すべきものとされている(現第97条ノ2第2項)。しかし、官報及び新聞紙への掲載については、戦時民事特別法第3条及び戦時民事特別法廃止法律附

則第2項の規定により、これまで極めて長期間にわたって官報への掲載のみが行われているところ、これによる特段の支障も生じておらず、また、最近の立法(民事再生法第10条第1項、会社更生法第10条第1項、破産法(平成16年法律第75号)第10条第1項)では、裁判所の行う公告の方法として、官報への掲載のみが規定されており、新聞紙への掲載は規定されていない。そこで、現第97条ノ2に相当する今回の民法現代語化案第98条第2項では、新聞紙への掲載を公告の方法から除外するものとしている。

現第311条、現第320条 現行法では、公吏の職務上の過失によって生じた債権については、公吏保証金の上に先取特権が存するものとされている(現第311条第4号、第320条)。この規定は、国家無答責の原則が採られていた戦前の法制度の下で、公務員がその職務を行う際に故意・過失によって私人に損害を与えた場合に、その公務員が納入した身元保証金から公務員に対する損害賠償請求権の優先弁済を受けることによって、その私人を保護しようとしたものである。しかし、戦後の国家賠償法の制定により、損害を被った私人に対しては、加害者である公務員の帰属する国又は公共団体等が賠償の責任を負うこととされ、しかも、判例・通説によれば、公務員個人が直接賠償の責任を負うことはないものとされているので、損害を被った私人が保証金について先取特権を行使する事態は実際には起こり得ず、この規定が適用される余地はなくなっている。そこで、今回の民法現代語化案では、現第311条第4号及び現第320条の規定は削除するものとしている。

### 3. 条番号の整序等

民法中の根幹的な事項を規定する代表的な条文(例えば、第90条、第177条、第415条、第709条等)については、その条番号自体が、その意味内容(公序良俗、対抗要件、債務不履行、不法行為等)のいわば代名詞として広く呼び慣わされており、一般にも定着していると考えられる。また、民法の制定以来、膨大な裁判例や文献の蓄積も存するところであ

り、これらを参照する場合に、逐一、民法の条番号の対照・読み替えをしなければならないことになると、著しく煩瑣な作業が必要になって極めて非効率的であるばかりでなく、その取り違え等により一般に混乱を与えることも懸念される。

そこで、今回の現代語化に当たっては、現行法の条番号については、できる限り変更を加えないことを原則としているが、数次の改正により章・節・款の中途に削除された欠番の条文や枝番号・孫枝番号のある条文があることにより、全体の構成が不明瞭で、そのままではかえって分かりにくい部分も存在する。そこで、各編の全条文を改正する第1編から第3編までについては、章・節・款の中途の欠番や枝番号・孫枝番号の解消等を目的として、必要最小限の条番号の整序を行っている例えば、現第1条ノ2を新第2条に、現第1条ノ3及び現第2条を新第3条第1項及び第2項に改めるなどして、第2条から第5条まで枝番号のない新たな条番号を付している。同様の整序は、第11条ノ2から第23条まで、第34条ノ2、第83条ノ2から第84条ノ2まで、第97条ノ2・第98条、第159条・第159条ノ2、第321条から第324条まで、第373条から第381条まで、第398条ノ8から第398条ノ10/2まで、第621条・第622条についても行っている。このほか、章番号の整序(第1編第1章から第6章まで、第4編第5章の2及び第6章)や、項の新設(第172条、第919条)及び号の新設又は号番号の変更(第36条、第311条、第398条ノ3、第501条、第653条)を行っている箇所や、節・款の区分の下に新たに款・目の区分を設けている箇所(第2編第3章第1節、第3編第1章第2節、第3編第1章第5節第1款)がある(以上いずれも現行法の条番号及び章・節・款番号である)。

以上が、法務省の成案した民法現代語化に関する補足説明である。<sup>(2)</sup>

## 2 検 討

法務省の補足説明によると、今回の民法現代語化の基本方針は前述のとおりである。これは、実質的な変更は行わず、条文の現代語化を図るということである。以下の見解は、法務省案について、パブリックコメントに応じた際に、述べた見解である。<sup>(3)</sup>まず、①、②、⑤、⑥については前記1-1に記した理由から賛成である。しかし、③・④については、比較法的な観点も含め拙速な感が否めず、現在の解釈運用に支障を来しているとも思えないことから、にわかには賛成できない。特に「③確立された判例・通説の解釈で条文の文言に明示的に示されていないもの等を規定に盛り込む」については、その方針に「現行法の内容に実質的な変更を加えることなく条文の現代語化を図る」と述べていることと整合性はとれていないからである。その理由は、そもそも何が通説であるのか、どれが確定判例かについては議論があるものも多く、かつて、有力学者により、「今日の通説、明日の異説」といわれたこともあること、また、異説、少数説にもそれなりの根拠のあるものもあり、しばしの議論を必要とされるのではなかろうか。場合によっては、ドイツにおける(状況が異なるが)『現代化』と同様に、動産売買法批准がなされた際、国内法との整合性のため、民法典全体の改正を行なう必要が生じた際に統一した方が妥当といえよう。

さらに、本改正案での問題点は、従来はなかった条文内での「定義」の挿入についてである。この点、各条文に条文を分かりやすくするとの意図から定義の挿入を否定するものではないが、そもそも、現行民法起草時の方針の第13条において、「法典用文章用語ニ関シ立法上時ニ定解ヲ要スルモノヲ除ク外定義種別引例ニヨルモノハ之ヲ削除ス」と規定し、旧民法で規定されていた定義を簡明にすることから旧民法の立法技術的欠点(星野通『明治民法編纂史研究』172頁)と当時評された定義規定を削除した経緯からして、今日の「現代語化」とどのような関係にあるのかについて再考の余地がなかろうか(この点は、成出議案では全

て削除されている<sup>(4)</sup>。

### 3 各条項の法務省案とその問題点

以下、法務省の補足説明で、確立された判例・通説の解釈との整合を図るための条文の改正点についてあげられた条文について、特に通説・判例による修正が果たして妥当であるか否かについて、検討し、もし修正するとしてそれに関する問題点を述べていこう。

#### 3-1 編別の改正

第1編 総則に、第1章 通則(第1条・第2条)を置き、第2章として、人を規定することになっている。そして、第1節の権利能力を第3条とした。

この点は、従来、冒頭におかれていた、権利に関する通則に、表題として、「通則」との表題をつけたものである。しかし、通則との表題は、従来なかったものであり、総則に通則を設けることはどのようなことを意味するのかは、判然としない。

そもそも、民法第1条は、戦後(1947年)の民法改正において、それまでの判例、学説を整理し、その到達点について、権利の絶対性に対するその制限を規定するものである。したがって、その適用範囲についても、第1編から第3編のいわゆる、財産法についての規定であるとされてきた。そうしたことから、当然には第四編、第五編の、いわゆる家族法(身分法)には適用されないとの考え方が通説であったと思われる<sup>(5)</sup>。では、総則編に「通則」と題してこれらの規定をおいたことは、そうした通説の考え方を明確にする意図のもとなのか、そうでないのかは不明である。そもそも、総則編の「通則」とはどのようなことを意味するのだろうか。見方によっては、総則編にのみ適用されるとも受け取られかねない。そうしたことを考えるとき、「通則」との文言はどうだろうか。再考の余地があるのではなかろうか。



## 3-2 補足説明にあげられた条文についての検討

民法現代語化案補足説明において、確立された判例・通説に解釈との整合性を図るための条文の改正点で問題にされた条文を中心として<sup>(6)</sup>、問題点を指摘することにする(したがって条文のみをあげたものもある)。

なお、以下に掲げる条文は、法務省案と成立法が同一の場合は、成立法を記載することとする。(凡例 成：成立法, 法：8月3日法務省提示案, 現：現行法)

## 1. 総則編

総則編では、まず、前記のようにその編別を変更している。この点は、前記した。

各条については以下のようなものである。

## 1.1. 108条(自己契約及び双方代理)

成：同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

現：何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ其相手方ノ代理人ト為リ又ハ当事者双方ノ代理人ト為ルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

## コメント

- 一 補足説明によると「本人があらかじめ許諾した場合には、同一の法律行為について、相手方の代理人となること(自己契約)及び当事者双方の代理人となること(双方代理)ができる旨を明らかにし」たものとされている。わが民法はドイツ民法と異なり明文はないが、本条の立法趣旨が本人の保護にあるところから、債務履行(108条但書)のほか、本人を不利ならしめるおそれのない行為、例えば相殺、不動産物権の移転登記、記名株式の名義書換など、また一般に本人の同意があるときは、自己代理や双方代理も可能とされ、この点は従来から異論がない(注民

(4) 83頁(椿寿夫), ヨーロッパ契約法原則205条, イタリア民法1395条)。

#### 1. 2. 109条 (代理権授与の表示による表見代理)

成: 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は, その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について, その責任を負う。ただし, 第三者が, その他人が代理権が与えられていないことを知り, 又は過失によって知らなかったときは, この限りでない。

現: 第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理権ノ範囲内ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付キ其責ニ任ス

#### コメント

補足説明によると, 第三者の保護要件について, 「代理権がないことについて第三者が悪意であるとき」と「過失によって知らなかったとき」を要件に追加するものといえる。本条はドイツ民法第1次草案120条に依拠するものである。通説は, 本条は, 代理権を授与する旨を表示した場合であろうと, すでに代理権授与がなされている場合であろうと, その表示に一種の公信力を与え, 相手方の, 表示に対する正当な信頼, 通説は, 無過失の信頼であるに対して, 表示者が表示通りの責任を負うべきことを定めたものと解している。

しかし, 表見代理規定(第109条, 110条, 112条)のすべてを同じ価値判断で本人を保護するのが妥当かについての議論なく, 三者を同一のもの, いわゆる「表見法理」の具現化としてみることについては議論もあり, 但し書きをわざわざ入れることは, 表見代理規定の, 保護基準の違いを全く無視するものとなりかねない。そうしたことから, この但書規定の挿入には疑問がある。

1.3. 151条 (和解及び調停の申立て)

成：和解の申立て又は民事調停法（昭和26年法律第222号）若しくは家事審判法（昭和22年法律第152号）による調停の申立ては、相手方が出頭せず、又は和解若しくは調停が調わないときは、一箇月以内に訴えを成起しなければ、時効の中断の効力を生じない。

現：和解ノ為メニスル呼出ハ相手方力出頭セス又ハ和解ノ調ハサルトキハ一介月内ニ訴ヲ成起スルニ非サレハ時効中断ノ効力ヲ生セス任意出頭ノ場合ニ於テ和解ノ調ハサルトキ亦同シ

1.4. 153条 (催告)

成：催告は、六箇月以内に、裁判上の請求、支払督促の申立て、和解の申立て、民事調停法若しくは家事審判法による調停の申立て、破産手続参加、再生手続参加、更生手続参加、差押え、仮差押え又は仮処分をしなければ、時効の中断の効力を生じない。

現：催告ハ六个月内ニ裁判上ノ請求、和解ノ為メニスル呼出若クハ任意出頭、破産手続参加、再生手続参加又ハ更生手続参加、差押、仮差押又ハ仮処分ヲ為ス

1.5. 162条 (所有権の取得時効)

成：二十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その所有権を取得する。

2 十年間、所有の意思をもって、平穩に、かつ、公然と他人の物を占有した者は、その占有の開始の時に、善意であり、かつ、過失がなかったときは、その所有権を取得する。

現：二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス

② 十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者力其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得ス

## 2. 物権編

### 2.1. 192条 (即時取得)

成：取引行為によって，平穩に，かつ，公然と動産の占有を始めた者は，善意であり，かつ，過失がないときは，即時にその動産について行使する権利を取得する。

現：平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス

### コメント

成立法は法務省案と同じであるが、「取引行為によって」を付加したものである。そもそも，即時取得の要件として，「取引行為によって」との文言による善意（即時）取得の要件は，ボアソナード民法草案（1481），旧民法（証拠編144条）では明確に規定されていた。それによれば，「正権限（名義）」による占有を要求していた。しかし，民法起草者は，「正権限（名義）」その要件を「無過失」と解し，「正権限」を抹消して，「無過失」を付加した。この点は，取得時効の起草過程と軌を一にしている。

今日の解釈は，取引行為の存在と，取引行為の有効性を要件としている。<sup>(7)</sup>

## 2.2. 388条(法定地上権)

成：土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。

法：土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物に抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により裁判所が定める。

現：土地及ヒ其上ニ存スル建物カ同一ノ所有者ニ属スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵当ト為シタルトキハ抵当権設定者ハ競売ノ場合ニ付キ地上権ヲ設定シタルモノト看做ス但地代ハ当事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム

## コメント

土地と建物が同時に抵当権の目的となっている場合にも本条の適用がある(最判昭37・9・4民集16-9-1854)とするのが、通説・判例であり改正は妥当といえよう。

## 3. 債権編

### 3.1. 415条(債務不履行による損害賠償)

成：債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様

とする。

法：債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき，又はその履行をすることができなくなったときは，債権者は，これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし，その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは，この限りでない。

現：債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ

### コメント

民法415条は，損害賠償責任の要件として「帰責事由のない」場合に免責するとするものである。従来，「履行不能」については帰責事由の必要は明文から明らかであるが，それ以外の不履行類型についてはこの要件が必要であるか否かの問題とされていた。そうした問題を明確にするため，要件化することですべての不履行類型に債務者の「帰責事由」を要するとし，明文化したものであろう。しかし，そもそも「帰責事由」を要件とすべきかは，結果債務と手段債務と区別する側からは議論がある。また，「債務者の責めに帰することができない事由」についてはそれ自体は明確化を必要とする概念でもある。さらにそもそも，上記の事由に，「不可抗力」を含むものなのか，さてまた含むとして，「無過失」とどう区別すべきか等については議論がある。そこでこの要件に関するこれまでの議論をみておく。

民法415条に関しては，その要件として，債務者の責に帰すべき事由に基づくことがあげられる。しかし，そもそも，責に帰すべき事由を要件とすべきか，について，従来から論議されてきた。条文からみると，

民法は、履行不能については債務者の責に帰すべき事由を要件としながら(415条後段)、その他の債務不履行については条文化されてはいない(415条前段)。しかし、金銭債務の特則(419条2項)からすれば、金銭債務以外の遅滞については、不可抗力によって遅滞した場合にだけ責任を免れ、不可抗力によらない以上、債務者の故意・過失その他責に帰すべき事由がなくともなお責任を負うことになる。

判例は当初、「民法第四百十五条ニハ単ニ履行ヲ為サ、ルトキハ云々ト規定セルカ故ニ苟モ債務不履行ノ事実アルニ於テハ其債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルト否トヲ問ハス債権者ハ同条ニ従ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ明白ナリ民法第四百十九条第二項ニ於テ特ニ金銭債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ於テ抗弁ト為スコトヲ得スト規定シタルニ鑑ミレハ金銭債務以外ノ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗弁ト為シ得ルコトハ疑ナキ所ナリト雖モ不可抗力ヲ以テ抗弁ト為スコトヲ得ルカ故ニ故意又ハ過失ニ原因セサル債務ノ不履行ハ損害賠償ノ請求権ヲ発生セシメス換言スレハ損害賠償ノ請求権ヲ発生スルニハ債務ノ不履行カ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要スト論スルヲ得ス何トナレハ不可抗力ニ因ル不履行ト故意又ハ過失ニ原因セサル不履行トハ必スシモ其觀念ヲ同フスルモノニ非ス仮リニ同一意義ナリトスルモ不可抗力ヲ以テ抗弁ト為スト言ヘハ一面ニ於テ損害賠償ノ請求権ノ存在ヲ認ムルモノナレハ債務ノ不履行カ不可抗力ニ因ル場合即故意又ハ過失ニ原因セサル場合ニ於テモ損害賠償ノ請求権ハ成立スト論結スルヲ以テ寧ロ正当ナリ」(大判明40・11・2民録13輯1067頁)と述べ、履行遅滞については債務者の責に帰すべき事由がなくともよいとしていた(こうした判例への理解に疑問・広中俊雄・民法論集313～316頁)。

学説も古くはそう解するものがあつた(梅謙次郎・民法原理288頁)。しかし、今日の学説は、①わが民法が過失責任を原則としていること、②履行遅滞と履行不能を特に区別すべき実質上の根拠のないこと、を根拠に、債務者の責に帰すべき事由を必要とすると解している。その後の

判例につき、大判大10・11・22(民録27輯1978頁)をあげて、立場の変更があったとみるものもある(条解民法Ⅱ)。

そうすると、次に、「責に帰すべき事由」とは何かは明らかにする必要がある。

今日の通説は、「責に帰すべき事由」につき、以下のようについていう。すなわち、債務者の故意・過失より広く、信義則上これと同視すべき事由を含むという。そして、「故意」とは、不履行という結果発生を意欲すること、または、不履行という結果の発生を認識しつつこれを防止しないことであり、「過失」とは、原則として、善良なる管理者の注意を払わないこと(400条)をいう。

信義則上、債務者の故意・過失と同視される事由とは、「履行補助者の故意・過失」である。今日、一般に債務者は、自己履行義務は当然ではない。他人の(利用)使用による履行も肯定されている。しかし、この者が、債務の履行に際して、不履行を生じさせた場合、債務者自身の責任が問題である。たとえば、どのような要件において責任を負うのかである。わが民法には、履行補助者の故意・過失についての債務者の責任を定めた一般的ないし個別的な規定はない(商法の各処に個別的規定が散在する=商560・577・590・592・617・766条など)。そこで、当初の学説(石坂音四郎・改纂民法研究下巻102頁以下、鳩山・債総160頁など)・判例は、不法行為に関する715条を類推適用し、債務者に履行補助者の選任・監督上の過失がある場合にだけ責任を認めることができた。

他方、判例は、すなわち、船舶の賃借人が賃貸人の承諾を得てこれを転貸したが、同船は転借人の被用者たる船員の過失によって沈没し、返還不能となったため、賃貸人が賃借人と転借人に対して損害賠償請求を求めた。判決は、「債務ヲ負担スル者ハ契約又ハ法律ニ依リ命セラレタル一定ノ注意ノ下ニ其ノ給付タル行為ヲ為スヘキ義務アルヲ以テ債務者カ債務ノ履行ニ付其ノ義務タル注意ヲ尽シタルヤ否ハ総テ債務ノ履行タ



ル行為ヲ為ス可キ者ニ付之ヲ定ム可ク從テ債務者カ債務履行ノ為他人ヲ使用スル場合ニ在リテハ債務者ハ自ラ其ノ被用者ノ選任監督ニ付過失ナキコトヲ要スルハ勿論此ノ外尚ホ其ノ他人ヲ使用シテ債務ノ履行ヲ為サシムル範圍ニ於テハ被用者ヲシテ其ノ為スヘキ履行ニ伴ヒ必要ナル注意ヲ尽サシム可キ責ヲ免レサルモノニシテ使用者タル債務者ハ其ノ履行ニ付被用者ノ不注意ヨリ生シタル結果ニ對シ債務ノ履行ニ関スル一切ノ責任ヲ回避スルコトヲ得サルモノト云ハサル可カラス蓋債務者ハ被用者ノ行為ヲ利用シテ其ノ債務ヲ履行セントスルモノニシテ此ノ範圍内ニ於ケル被用者ノ行為ハ即債務者ノ行為ソノモノニ外ナラサルヲ以テナリ故ニ原審判決カ本件債務ノ履行ニ付恒栄丸船員ノ行為ニ過失アリト為ス以上其ノ傭主ニシテ債務者タル上告人平市ニ過失ノ責ヲ負ハシメタルハ相当」であるとした（大判昭4・3・30民集8巻363頁，円谷峻・民法判例百選（2）一債権＜第5版＞20頁，なお，賃借人が賃貸人の承諾を得て転貸した家屋が転借人の過失によって全焼したという事案で，賃借人の責任を肯定した，大判昭4・6・19民集8巻675頁がある）。

これらの判決において，債務者は履行補助者の故意・過失につき責任を負うことを承認したといえる。また，多数説（我妻栄・講義IV107頁以下参照）もほぼ同様である。

以上に加えて，履行しないことが違法であることが，要件としてあげられる。すなわち，遅滞にありながら給付を拒むことは通常は違法である。しかし，違法性が阻却され，債務不履行責任を負わない場合とは，債務者が債権者の履行請求を正当に拒むことができる場合である。すなわち，債務者に留置権（295条）がある場合とか，同時履行の抗弁権（533条）があるばあいある。したがって，一般的には，履行しないという事実は違法性を推定させることになるから，債務者において，それが適法であることを証明しなければならない。

以上の検討から，法務省案にあったような，帰責事由のない場合についての取り扱いが，簡単に挿入されてよいのか，また，それが法務省の

いう「争いのない通説」であるのかは疑問といえよう。パブリックコメントを考慮して、現行法の口語化に止めた点、大変評価されてよいのではなかろうか。

また、債務不履行規定を改定する場合には、もう少しグローバルスタンダードに則った改訂が望まれる。特に、「国際統一売買法（ウィーン売買条約）」における、契約違反の要件規定（詳細は、甲斐道太郎＝石田喜久夫他編『注釈国際統一売買法』I 186頁以下ならびに、同・II 42頁以下参照、新堀聡『国際統一売買法－ウィーン売買条約と貿易契約』、ハイン・ケッツ『ヨーロッパ契約法I』（潮見佳男他訳）、ペーター・シュレヒトリーム『国際統一売買法 成立からみたウィーン売買条約』（内田貴＝曾野裕夫訳）等参照、ここでは、原書は参照しているが、逐一掲載しない）、また、現在進行中でもある「ヨーロッパ契約法原則」（川角由和他編『ヨーロッパ私法の動向と課題』特に、15頁から104頁参照）、「ユニドロワ原則」（曾野和明＝廣瀬久和他訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』158頁以下参照）等における不履行概念、また、わが国の母法の一つでもある「ドイツ民法（BGB）」の新しい給付不能法（義務違反規定の創設、不能による無効規定の放棄、BGB 275条1項、原始的不能給付を目的とする契約を客観的か、主観的かを区別せず、有効とした＝311a条1項）も、十分考慮に入れてよいと思われる（詳細は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』99頁以下、161頁以下参照）。

### 3.2. 貸金等根保証契約

今回の民法の一部改正は、民法の現代語化も重要な課題であったが、それとともに、保障規定の見直しが行われた。これは、商工ローン事件等、保証人の責任について、その責任の限定、保証契約の厳格性が要求されてきたことに対応するものである。筆者も、過去において、根保証契約の限定について論じたことがあったが、今回の改正は、以前から指摘されてきた点についての一部について改正された。そこで、今回の改

正のために、法制審議会が出した要綱を紹介し、その結果、どのように改正されたかについて述べておく。なお、この保証制度の改正については、別稿を予定しているので、詳細な検討は、それに譲る。

保証制度の見直しに関する要綱は、以下のようなものである(平成16年9月8日法制審議会決定)。

## 第一 貸金債務の根保証についての個人保証人の保護の方策

### 一 要式行為

1 根保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じないものとする。

2 後記二による極度額の定め、後記三1による元本確定期日の定めは、1の書面に記載しなければ、その効力を生じないものとする。ただし、後記三1による元本確定期日の定めについては、根保証契約を締結した日から三年以内の日を主たる債務の元本の確定すべき期日とする場合には、この限りでないものとする。

### 二 極度額

1 根保証契約は、極度額を定めなければ、その効力を生じないものとする。

2 1の極度額は、主たる債務の元本、利息及び損害賠償のすべてを含むものとして定めなければならないものとする。

### 三 元本確定期日

1 根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日を定める場合には、その期日は、根保証契約を締結した日から五年以内でなければならないものとする。

2 根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日の定めがない場合には、その期日は、根保証契約を締結した日から三年を経過した日とするものとする。

3 1及び2の期日(以下「元本確定期日」という。)を変更する場合には、変更後の元本確定期日は、その変更をした日から五年以内でな

ければならないものとする。ただし、元本確定期日の前二箇月以内にその変更をするときは、当該元本確定期日から五年以内の日を変更後の元本確定期日とすることができるものとする。

#### 四 元本確定事由

次に掲げる場合には、根保証契約における主たる債務の元本は、確定するものとする。

(一) 債権者が、主たる債務者若しくは保証人の財産に対し金銭の支払を目的とする債権についての強制執行の申立てをしたとき、又は主たる債務者若しくは保証人の財産を目的とする担保権の実行の申立てをしたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限るものとする。④主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。⑤主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

#### 第二 適用範囲等

一 要式行為第一の一1は、すべての保証契約について適用するものとする。

二 極度額の定め、元本確定期日及び『元本確定事由第一の一2及び二から四までは、保証人が個人であり、かつ、根保証契約において定められる主たる債務に貸金債務又は手形の割引に係る債務が含まれている場合について適用するものとする。三 根保証契約の保証人の求償権についての保証根保証契約（その保証人が法人である場合に限る。）において定められる主たる債務に貸金債務又は手形の割引に係る債務が含まれている場合において、当該根保証契約において極度額の定めがないとき、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日が第一の三1及び3に従って定められたものでないときは、当該根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（その求償権についての保証人が個人である場合に限る。）は、その効力を生じないものとする。

### 第三 その他

その他所要の規定を整備するものとする。

以上の要綱を踏まえて、以下の4カ条を465条の後に第二目貸金等根保証契約と題して追加するとともに、446条第2項、3項を追加している。ここでは、446条ならびに、第二目全体の条文を掲げ、コメントを付す。

#### (保証人の責任等)

成：第446条 1 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

2 保証契約は、書面でなければ、その効力を生じない。

3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。）によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

旧：第446条 保証人ハ主タル債務者力其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ為ス責ニ任ス

#### (貸金等根保証契約の保証人の責任等)

第465条の2 一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証契約（以下「根保証契約」という。）であってその債務の範囲に金銭の貸渡し又は手形の割引を受けることによって負担する債務（以下「貸金等債務」という。）が含まれるもの（保証人が法人であるものを除く。以下「貸金等根保証契約」という。）の保証人は、主たる債務の元本、主たる債務に関する利息、違約金、損害賠償その他その債務に従た

るすべてのもの及びその保証債務について約定された違約金又は損害賠償の額について、その全部に係る極度額を限度として、その履行をする責任を負う。

2 貸金等根保証契約は、前項に規定する極度額を定めなければ、その効力を生じない。

3 第446条第2項及び第3項の規定は、貸金等根保証契約における第1項に規定する極度額の定めについて準用する。

(貸金等根保証契約の元本確定期日)

第465条の3 貸金等根保証契約において主たる債務の元本の確定すべき期日（以下「元本確定期日」という。）の定めがある場合において、その元本確定期日とその貸金等根保証契約の締結の日から5年を経過する日より後の日と定められているときは、その元本確定期日の定めは、その効力を生じない。

2 貸金等根保証契約において元本確定期日の定めがない場合（前項の規定により元本確定期日の定めがその効力を生じない場合を含む。）には、その元本確定期日は、その貸金等根保証契約の締結の日から3年を経過する日とする。

3 貸金等根保証契約における元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日とその変更をした日から5年を経過する日より後の日となるときは、その元本確定期日の変更は、その効力を生じない。ただし、元本確定期日の前2箇月以内に元本確定期日の変更をする場合において、変更後の元本確定期日が変更前の元本確定期日から五年以内の日となるときは、この限りでない。

4 第446条第2項及び第3項の規定は、貸金等根保証契約における元本確定期日の定め及びその変更（その貸金等根保証契約の締結の日から3年以内の日を元本確定期日とする旨の定め及び元本確定期日より前の日を変更後の元本確定期日とする変更を除く。）について準用する。

(貸金等根保証契約の元本の確定事由)

第465条の4 次に掲げる場合には、貸金等根保証契約における主たる債務の元本は、確定する。

- 1 債権者が、主たる債務者又は保証人の財産について、金銭の支払を目的とする債権についての強制執行又は担保権の実行を申し立てたとき。ただし、強制執行又は担保権の実行の手続の開始があったときに限る。
- 2 主たる債務者又は保証人が破産手続開始の決定を受けたとき。
- 3 主たる債務者又は保証人が死亡したとき。

(保証人が法人である貸金等債務の根保証契約の求償権)

第465条の5 保証人が法人である根保証契約であってその主たる債務の範囲に貸金等債務が含まれるものにおいて、第465条の2第1項に規定する極度額の定めがないとき、元本確定期日の定めがないとき、又は元本確定期日の定め若しくはその変更が第465条の3第1項若しくは第3項の規定を適用するとすればその効力を生じないものであるときは、その根保証契約の保証人の主たる債務者に対する求償権についての保証契約（保証人が法人であるものを除く。）は、その効力を生じない。

コメント

前述の要綱の具体化として、新法は、以上のような規定をした。これをまとめてみると以下のようなものである。

(1) 要式契約の導入

すなわち、保証契約一般に適用されるものとして、書面によらない保証契約は無効とした（446条2項、3項＝電磁的記録の場合も同様）。従来の民法における諾成契約性を保証契約については要式行為化したわけである。これは、契約の明確化に加え、保証人となる者についてもその

危険性を認識させるものといえる。

## (2) 根保証契約

根保証契約のみを対象とする規律として3つの事項を規定した。(1) 極度額、(2) 元本確定期日、(3) 元本確定事由である。

① 根保証契約であって主たる債務の範囲に貸金債務または手形割引にかかる債務が含まれているもの(保証人が個人であるものに限る)に適用する(465条の二1項)。なお、今回の保証制度の見直しは、融資保証を中心とすることから、これとは異なる賃貸借保証等については適用対象外としている。

② 極度額は、主たる債務の元本のみならず、利息および損害金のすべてを含むものとして定めなければならない(465条の二1項)、根保証契約の保証人が負うこととなる責任の範囲を、金額の面から限定しようとの意図から、極度額極度額の定めのない根保証契約は無効とした(465条の二2項)。

③ 根保証契約の保証人が負うこととなる責任の範囲を、時間の経過という面から限定する意図から、元本確定期日根保証契約の保証人は、元本確定期日までの間に主たる債務の元本が生じたものに限って、保証債務を負うとした(465条の二1項)。

### ④ 元本確定期日に関する具体的な規律

ア：根保証契約において合意により元本確定期日を定める場合には、契約締結の日から5年以内の日としなければならない(465条の三1項)。

イ：根保証契約において元本確定期日の定めがない場合には、根保証契約の締結から3年後の日が元本確定期日となる(465条の三2項)。

ウ：この元本確定期日を事後的に変更する場合には、変更をした日から5年以内の日を変更後の元本確定期日<sup>51</sup>としなければならない(465条の三3項)。ただし、元本確定期日の前2ヵ月以内という近接した時期にその変更(いわゆる保証期間の更新)を行う場合には、例外として、当初の元本確定期日から5年後の応当日を変更後の元本確定期日とする



ことができる(465条の三3項)。なお、元本確定期日の定めのうち保証人に不利なもの(契約日から3年より後の日を元本確定期日とする定め)については、書面によらなければ合意の効力が生じない(465条の三4項)。

#### ⑤ 根保証契約における元本確定事由

元本確定期日の到来前であっても一定の事情変更が生じた場合には、保証人が負うこととなる責任の範囲を限定するために、元本確定事由根保証契約における次のような元本確定事由を規定した。

ア：債権者が、主たる債務者または保証人の財産に対し、金銭債権についての強制執行の申立てまたは担保権の実行の申立て(465条の四1号)。

イ：根抵当に関する民法398条ノ20第1項4号と同趣旨であるが、主たる債務者または保証人が破産手続開始の決定を受けたこと(465条の四2号)。

ウ：主たる債務者または保証人の死亡(465条の四3号)。  
保証人の死亡は、いわゆる包括根保証に関する判例法理の明文化である。

#### (3) 求償権保証契約

根保証契約の保証人である法人の責任が限定されている場合であれば、求償権についての個人の保証人の責任も予測可能な範囲に限定されることとなるという考慮に基づき、根保証契約であって主たる債務の範囲に貸金債務または手形割引にかかる債務が含まれているものの保証人が法人である場合であっても、その保証人の主たる債務者に対する求償権につき個人が保証人となるときは、その根保証契約につき極度額等が定められていなければ、求償権保証契約の効力が生じない(465条の五)。すなわち、この場合における根保証契約については、極度額および元本確定期日の定めがあり、かつ、その元本確定期日の定めが、根保証契約の締結から五年以内の日であることなど、根保証契約の保証人が個人である場合と同様の規律に従ったものであることが必要とされている。

### 3.3. 478条(債権の準占有者に対する弁済)

成：債権の準占有者に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

法：債権の準占有者（自己のためにする意思をもって債権を行使する者であって、弁済を受領する権限を有しないものをいう。）に対してした弁済は、その弁済をした者が善意であり、かつ、過失がなかったときに限り、その効力を有する。

現：債権ノ準占有者ニ為シタル弁済ハ弁済者ノ善意ナリシトキニ限り其効力ヲ有ス

### コメント

債権の準占有者に対する弁済はについて、弁済者に「無過失」要件を課すものである。この点については、いわゆる通説・判例は必要説を採っている。たしかに、弁済者側の要保護性は否定するものではないが、本条が、外観法理に立っていると理解した場合（行為の外形からのみ判断する）、少なくとも「善意」であれば、客観的に見て「無過失」は当然であり、これを要件化する必要はないものといえる。また、前記のように、準占有者の定義は今回の改正では不要ではないかと考える。<sup>(8)</sup>

### 3.4. 513条(更改)

成：当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する。

2 条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす。

現：当事者カ債務ノ要素ヲ変更スル契約ヲ為シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

条件附債務ヲ無条件債務トシ，無条件債務ニ条件ヲ附シ又ハ条件ヲ変更スルハ債務ノ要素ヲ変更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形ヲ発行スル亦同シ

### 3.5. 541条（履行遅滞等による解除権）

成：当事者の一方がその債務を履行しない場合において，相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし，その期間内に履行がないときは，相手方は，契約の解除をすることができる。

法：当事者の一方がその債務を履行しない場合において，相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し，その期間内に履行がないときは，相手方は，契約の解除をすることができる。ただし，その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは，この限りでない。

現：当事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相当ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得

### コメント

法務省案第541条は，解除の要件に，帰責事由を要件化していた。債務の不履行があった場合でも，それが債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは，契約の解除をすることができない旨を明らかにしたものであろう。たしかに，何の疑いもなく，従来，多くの学者，実務家はこの要件を必要と見てきた。しかし，この要件化については，2002年のドイツ民法改正においても，また，国連動産売買法49

条, ユニドロワ国際商事契約原則 [PICC] 7・3・1条, ヨーロッパ契約法原則 [PECL] 9:301条等においても要件化されていない(イタリア民法1453条等)。それらの動向から見ても議論の余地がある。

参考: ユニドロワ原則 第7.3.1条(契約の解除権)

- (1) 当事者の一方は, 相手方の契約上の債務の不履行が, 重大な不履行にあたるときは, その契約を解除することができる。
- (2) 債務の不履行が重大な不履行にあたるか否かを判断するにあたっては, 特に次の各号に定める事情が考慮されなければならない。
  - (a) その不履行が, 当該契約のもとで債権者が当然に期待することができたものを実質的に奪うことになるか否か。ただし, 債務者が, そのような結果を予見せず, かつ, 合理的に予見することができなかったときはこの限りではない。
  - (b) その債務の厳格な履行が, 当該契約のもとで, 不可欠な要素であったか否か。
  - (c) その不履行が, 意図的または無謀なものであったか否か。
  - (d) その不履行が, 債権者に, 債務者の将来の履行はあてにできないと信ずる根拠を与えているか否か。
  - (e) 契約が解除されたときに, 債務者が, 準備や履行のための行為を行ったことにより過剰な損失をこうむることになるか否か。
- (3) 履行の遅延の場合において, 第7.1.5条のもとで付与された付加期間の満了までに債務者が履行しないときにも, 債権者は契約を解除することができる。

例: X国のA社が, Y国のB社からワインを輸入したが, その後, X国がY国の農産物を輸入禁止にしたした場合でも, Bは契約を解除できる(『UNIDROIT』185頁(曾野和明・廣瀬久和・内田貴・曾野裕夫訳一国際商事法務刊))。

また, 契約解除権は重大な不履行を条件とする。

### 3.6. 660条 (受寄者の通知義務)

成：寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを成起し、又は差押え、仮差押え若しくは仮処分をしたときは、受寄者は、遅滞なくその事実を寄託者に通知しなければならない。

現：寄託物ニ付キ権利ヲ主張スル第三者カ受寄者ニ対シテ訴ヲ成起シ又ハ差押ヲ為シタルトキハ受寄者ハ遅滞ナク其事実ヲ寄託者ニ通知スルコトヲ要ス

### 3.7. 709条 (不法行為による損害賠償)

成：故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

現：故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

### コメント

そもそも、民法709条の不法行為の成立要件の一つとして、「権利ヲ侵害シタル」を定めている。ここでいう「権利侵害」との要件は、旧民法にはなかった。しかし、それでは賠償すべき範囲が広くなりすぎるおそれがあるのではないかとの議論から、審議過程において初めて規定された（日本不法行為リステイトメント ジュリスト 昭63.9.20号64頁以下（星野英一担当）参照）。

審議過程ならびに、立案担当者の言によれば、ここでいう「権利侵害」の「権利」とは、生命・身体・名誉・自由・債権などをも含む、広い概念であると説明する。そうだとすれば、そもそも、「権利侵害」の意味にそう大きな意味を含めようとの意図はなかったともいえよう（平井宜雄・損害賠償法の理論358頁以下、石田穰・損害賠償法の再構成33頁以

下において、立法過程の詳細が述べられている)。

こうした経過に対して、判例の考え方の変遷は、以下のようである。

当初の判例は、この「権利」概念を厳格に解した。すなわち、桃中軒雲右衛門の浪花節を吹込んだ蠟盤(レコード)を無断で複製販売した事案について、「浪花節ハ……著作権法ニ所謂音楽著作物ト謂フコトヲ得ズ……本件ノ如ク他人が出捐ヲ為シテ蓄音機ノ蠟盤ニ写シ取りテ音譜ヲ製造シ利ヲ営ムコトノ正義ニ反スルハ、論ヲ俟タザル所ナリト雖モ、……之ニ関スル取締法ノ設ケナキ今日ニ在テハ、之ヲ不問ニ付スル外、他ニ余ナシトス……従ツテ之が複製ヲ為シタル上告人ノ所為ハ被上告人ノ有スル著作権ヲ侵害シタルモノニアラザル」をもって、上告人の損害賠償請求は失当であるとした。(大判大3・7・4刑録20-1360)。

しかし、その後、この判例に対する批判を背景に、学説はこの概念を広く解するに至った。すなわち、大学湯という建物を賃借して、その名称で湯屋を営業してきた者が、賃貸借終了後に当該湯屋営業に伴って生じた「老舗」を他へ売却する機会を不当に喪失せしめられたとして、家主に対して損害賠償を請求した。

「不法行為トハ……法規違反ノ行為ヨリ生ジタル悪結果ヲ除去スル為被害者ニ損害賠償請求権ヲ与フルコトが吾人ノ法律観念ニ照シテ必要ナリト思惟セラルル場合ヲ云フモノニ外ナラズ……第709条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出デ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズト云フが如キ広汎ナル意味ニ外ナラズ。其ノ侵害ノ対象ハ、……具体的権利ナルコトアルベク、或ハ此ト同一程度ノ厳密ナル意味ニ於テハ未ダ目スルニ権利ヲ以テス筈カラザルモ而法律上保護セラルルノ利益ナルコトアルベク」として、「老舗」は不法行為法によって保護されるべき利益であるとした。(大判大14・11・28民集4-670)。

学説は、とりわけ後者の事件を契機として、民法709条にいう「権利」をなるべく広く解する努力をし始めた。その代表が、末川博博士の権利

侵害論（違法性論）である。

末川博士は、ローマ法にまで遡る不法行為法の発展過程の検討の帰結として、不法行為は、故意・過失ある違法行為によって生ずるとし、709条においては「単に違法性を認識する為めの手がかりとして、即ち違法性の徴表として、権利侵害という形態が標識とされているのにすぎない」という。そして、権利侵害行為があっても不法行為とならない場合（違法性阻却事由がある場合）があることは、このことを示しているものであるとする（末川博・権利侵害論〔昭和5年〕300頁以下）。その主張は、「権利侵害」は「違法性」の現れを示したものといえるとするものである。

その後の学説は、末川説を出発点として、違法性の具体的判断基準を策定していこうとした。その第1は、我妻栄博士の相関関係説である（我妻・事務管理ほか〔昭和12年〕）。

それによれば、違法性の判断が恣意に流れることを防ぐため、違法性の判断基準を、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係において考察すべきことを提唱した。被侵害利益としては、所有権のような強固な権利から、債権のような比較的弱い権利、さらには権利に至っていないような利益があり、侵害行為の態様としては、刑罰法規違反行為から行政上の取締法規違反行為、公序良俗違反行為、権利濫用行為といった段階があるとし、被侵害利益が強固なものであれば、侵害行為の不法性が小さくても違法性があることになるが、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きい場合にのみ違法性があるとしている。すなわち、被侵害利益の種類・性質と加害行為の態様との相関関係によって、違法性の判断がなされるという。

現在も、この相関関係説を基礎として、被侵害利益と侵害行為とを相関的に判断して違法性を決定しようとするのが通説である。

他方、こうした考え方にする批判がある。それによると、「権利」はそもそも広い概念であり、権利侵害を違法性に置き換える必要ではないと

するものである。いわゆる権利拡大説である。これによると、709条の「権利」は従来の学説が解していたよりもはるかに広い概念で、しかも社会の発達に伴い発展する概念であって、したがって社会秩序上保護すべき新たな利益が生じたら権利の概念の拡大として、不法行為法上の保護を与えれば足りるとする(来栖三郎・債権各論〔昭和28年〕225頁)。その後の動きをみると次のようである。

昭和30年代 相関関係説が「現在の学説の到達点」との評価がされるようになる(加藤一郎・不法行為〔昭和32年〕)。

昭和40年代 相関関係説への批判が現れる。すなわち、重要なのは、いかなる事実が存在するときに違法と評価しうるかという問題である。しかしながら相関関係説はこの点について明らかにすることなく、違法性評価の技術的方法を考察しているにすぎないとの批判が出てくる。すなわち、「我妻博士の理論は、不法実体(違法性存在理由)を明らかにしたものではなく、違法性評価の技術的方法を考察したものといえる。……しかし、違法として評価される行為が刑罰法規に反するか公序良俗に反するかはその実どうでもよいことで、意味のあるのは、いかなる事実が存在するときに違法と評価できるかという違法評価の対象、不法エレメントを明らかにすることではあるまいか。……不法の構造内容を明らかにするためには、我妻博士の所謂相関理論は余り役立たないと思われる。とくに、被侵害利益は、違法評価の対象ないし不法実体についての考察であるのに対し、加害行為の態様は違法評価の基準であり、不法の形式であって不法実体でないと思われる。被侵害利益の種類およびこの利益の侵害は、それぞれの加害行為の態様形式において具備されねばならないことである。そうだとすれば、……両者を相関的に総合することは理論的に不可能であり、意味がないのではないかと思われる。」と批判し、被侵害利益の種類と相関的に判断さるべきは「内心的要素の種別、つまり加害についての害意、知・不知といった、従来漠然と故意・過失と考えられてきたもの、に置きかえるべきではないか」と提案した(柳沢弘



士「ケメラの民事不法理論」日法31巻4号687頁以下)。その後、柳沢教授は、被侵害利益の種類と相関的に判断すべき要素として、内心醜態容のほか、行為の手段、方法・作用の強弱、付随事情などの客観的要素を含めるに至り(柳沢弘士「不法行為法における違法性」私法28号125頁以下)、この意味では通説に一步近づいたと評されている(淡路剛久・公害賠償の理論〈増補版〉105頁)。

柳沢説は、故意・過失を違法性の要素でもあると指摘する。その考え方は、故意・過失と違法性を一元的に構成する最近の学説にも合致する。しかし、柳沢説の、「違法領域での過失は抽象的軽過失であり、有責性の領域における過失は具体的過失である」とする構成(柳沢・前掲私法28号132頁)は、理論的には明解であっても、被害者救済の要請からはとうてい支持することができないとの批判を受けている(淡路・前掲105頁)。

また、「違法性」概念は、709条の「権利侵害」を拡大することで歴史的使命を果たしたとし、もはや「違法性」は必要でないとする説(平井宜雄・損害賠償法の理論〔昭和46年〕)、さらに、「違法性」概念は、709条の「権利侵害」を拡大するという役割を果たした後も、判例・学説は、行為者の故意、過失、動機、侵害結果、被害者の態度などを総合的に考慮する手段として、「違法性」概念を用いているとして、このような意味での「違法性」を評価する学説もある(前田達明・不法行為帰責論〔昭和53年〕、同・不法行為〔昭和55年〕)

過失を「標準人を基準とした、結果回避のための注意(行為)義務違反」と概念規定し、この意味の過失は、違法性の問題であるとする(前田達明・不法行為帰責論185, 186頁)。そして、「故意・過失によって権利を侵害し損害を発生させること」を「違法性」と把握し、判例学説も、実は、この意味での違法性概念を用いて、行為者の故意・過失、動機、侵害結果、被害者の態度などを総合的に考慮して損害賠償を認めるべきか、認めるとすればどの範囲で認めるか、額をどうするかを決定してき

たといえとす (前田・不法行為122頁)。なお、相関関係説の公害問題への適用と云う受忍限度論に対しても、「利益衡量の方法論になっているので、その実体たる“限度”がケースごとにしか特定できず、したがって、相対的・浮動的となる」として、とりわけ、人の生命・身体に対する被害が生じている場合につき、相関関係説的発想の問題点が指摘されている(篠塚昭次・論争民法学①)。

以上のような判例、学説の動きをみると、成案は、これまでのこれらの考え方を整理統合したけりともいえる。しかし、それなら、権利の侵害と「法律上保護される利益」の両者を併記することの意味はどこにあるのであろうか。星野教授は、民法リステイトメントでは、「権利ノ侵害」から、「法律上保護されるべき利益の侵害」へと題し、判例学説の状況から、もはや、権利の侵害の要件はもはや維持することは適当でないと述べられている(ジュリスト882号72頁)。また、これを、違法性に改めるかについて、違法性の置き換えることはしないとされる。その理由は、判例が、いずれも、違法性を積極的要件としていないこと、判例が、多く違法性との文言を使用しているが、違法性を要件とする不法行為と、そうでない不法行為とを区別することが困難であること、判決例において「違法性」ありとされる場合は、「受忍限度を超える損害」のように、一部が被侵害利益、つまり「権利ノ侵害」に吸収され、残る大部分は、場合に依り当該職業にある者としての行為義務違反の問題とされているが、これは、「その種類の行為をする者に通常期待される予見の義務または結果回避の義務に違反した」という、「過失」のリステイトメントのしかたによって処理することができる、等をあげられている(同頁)。特に、フランス法における「過失」がドイツ法における「違法性」と「過失」の両者を含んでいることから、「本リステイトメントが「単一ルール主義」を維持する以上、「違法性」を「権利侵害」におきかえ、「過失」と並ぶ要件とする必要はない」とされている。

さらに、「権利ノ侵害」の要件をはずすべきかについて、「被侵害利益

を問題にすべき場合が判決例上(公害などで)存在することからして、適当ではない。」とされ、「一般論としても、「違法性」を要件とする立法例のもとでも、「違法性」の内容として「権利侵害」を問題にする解釈をする学説が生まれることから示されるとおり、また、わが「権利侵害」＝「違法性」学説が「被侵害利益の種類」を問題にしているとおり、この要件を全くはずすことには問題があろう。ただ、それを積極的要件とすべきか否かにはなお問題が残されている」と、疑問を挟まれている。

星野教授は、「権利ノ侵害」の文言を外すことには消極的ないし否定的だが、これを積極的要件とすべきかについて、疑問を持たれていることは、再考してよいのではなかろうか。

### 3.8. 711条 (近親者に対する損害の賠償)

成：他人の生命を侵害した者は、被害者の父母、配偶者及び子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、損害の賠償をしなければならない。

法：(近親者に対する損害の賠償)

他人の生命又は身体を侵害した者は、被害者の父母、配偶者又は子に対しては、その財産権が侵害されなかった場合においても、これらの者が受けた精神的苦痛について損害の賠償をしなければならない。ただし、他人の身体を侵害した場合にあっては、被害者の父母、配偶者又は子が被害者の生命を侵害されたときと同等の精神的苦痛を受けたときに限る。

現：他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ対シテハ其財産権ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ為スコトヲ要ス

### コメント

法務省案は、他人の身体を侵害した場合にも、被害者の父母、配偶者又は子が被害者の生命を侵害されたとき生命侵害と同等の精神的苦痛を

受けたときは、生命侵害の場合と同様に、その精神的損害について賠償の責任を負うとする。

被害者が傷害の場合、被害者自身が財産的損害および精神的損害の賠償請求権者となりうることは問題がない。しかし、傷害を被った被害者の近親者が自己固有の慰謝料請求権を取得しうるかどうかは問題である。判例および多くの学説は、711条は生命侵害の場合に限って近親者に慰謝料請求権を認めた規定であり、生命侵害以外の場合には、被害者の近親者が慰謝料請求権を取得することはないと解していた(東京控判大2・6・13新聞882-8, 東京地判大4・11・3新聞1062-27, 千葉地判昭10・5・15新聞3851-5, 我妻栄・事務管理ほか305頁, 戒能・債各453頁など)。

これに対して、少数説は、生命侵害に限らず、生命侵害に比すべき強度の傷害のあった場合に、親子夫婦に限らず、これに準ずることのできるような愛情関係にたつ者はだれでも慰謝料を請求しうるという(中川善之助・身分法の総則的課題46頁以下)。

判例はその後、18歳の電工が両腕切断の重傷を負い、「日常生活上多大の不自由を感じる不具者になった」場合に、父親に慰謝料請求権を認めた(福岡高判昭27・4・9下民集3-4-482)。すなわち、傷害によって「被害者が死亡した場合に比肩しうべき」または「被害者が死亡した場合に比していちじるしく劣らない程度の」精神的苦痛を被った近親者には慰謝料請求権が認められるとした。

こうした判例の態度に、学説も上記の裁判例に沿う見解が通説となっている。しかし、直接の被害者本人が慰謝料請求をなしうる以上は近親者に慰謝料請求を認める必要はないとする近時の有力説も存在し対立している状況にある。すなわち、肯定説によれば、

「たとえば、父母は……子が死亡したときよりも(そのときは民法711条で慰謝料を請求しうる)、子が不具になって一生不幸な生活を送る方が、精神的損害が大きいともいえるのであって、その賠償を認めないのは不当である。……そして、それを認める根拠は、709条・710条に求め

るべきであって、単に711条を類推解釈すべきではない（その類推解釈では、父母・配偶者・子は常に慰謝料請求ができる反面、兄弟姉妹は常に請求ができなくなり、いずれも不合理である）」とする（加藤一郎・不法行為法238頁、幾代通・不法行為法251頁、植林弘注民①9198頁等）。

他方、否定説は、「生命侵害のように間接被害者たる近親者に固有の慰謝料請求権が明文で認められている場合（民711）と異なり、身体侵害の場合に受傷者本人のほかにその近親者も固有の慰謝料を請求しうるためには、同人自身に対しても故意過失など不法行為の一般的成立要件が具備していなければならないはずである。……711条は、死者自身に慰謝料請求権の発生しないことを前成にして、生命侵害における近親者保護のために特に設けられた規定であるこれに反し、身体侵害の場合には、受傷者本人が慰謝料請求権を取得し行使することができるのであるから、受傷者本人の名義で慰謝料を取得することによって、ある程度の苦痛を受ける近親者も満足すべき性質のものなのである」（好美清光「慰謝料請求権者の範囲」現代損害賠償法講座⑦247～248頁。同旨、西原道雄「間接被害者の損害賠償請求」実務民訴講座③220頁、前田・不法行為97頁など）という。すなわち、受傷者本人の慰謝料請求で近親者は満足すべきである、との見解の対立である。

以上のような状況からはたして、生命侵害と同様の精神的苦痛を受けたときという要件を入れたとしても、この点は解釈運用でなされているのであり、改正案が目指す条文の明確化の方針は理解できるとしても、はたしてここまで入れる必要があるかは疑問である（成出案では削除された）。

### 3.9. 720条（正当防衛及び緊急避難）

成：他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない。ただし、被害者から不法行為をした者に対する損害賠

償の請求を妨げない。

2 前項の規定は、他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物を損傷した場合について準用する。

現：他人ノ不法行為ニ対シ自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ為シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ為シタル者ニ対スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル為メ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス

4 今回、問題とならなかったが、民法の根本的改正の際、考慮すべきと思われる条項

#### 4-1 解釈についての規定

わが民法は、民法の解釈規定は2条にある解釈基準のみである。問題は、民法全体の解釈基準に加え、法律行為（契約）の解釈基準を必要とするのではないかである。

目を海外に向ければ、国際商事契約原則（ユニドロワ原則）第4.1以下、ヨーロッパ契約法原則5：101条、102条にはこの解釈基準が定められている。すなわち、5：101条では、解釈に関する一般準則として、

「(1) 契約は、言葉の持つ文字通りの意味と一致しないとしても、当事者の共通の意思に従って解釈されるものとする。

(2) 当事者が契約に特別の意味があると解釈し、かつ契約の締結時に相手方が最初の当事者の意図に気づかないことがあり得なかったことが立証された場合には、当該契約は最初の当事者の意図に一致した方法で解釈されるものとする。

(3) 第1項または第2項に従って意思を立証することができない場合には、当事者ど同種類の合理人が同じ場合にそれに与える意味に従って、契約が解釈されるものとする。」

5 : 102条では、重要な事情として、

「契約を解釈する際に、特に以下のことが考慮されるものとする。

- (a) 準備交渉を含めた、契約が締結された事情、
- (b) 契約締結以後を含めた、当事者の行為、
- (c) 契約の性質と目的、
- (d) 当事者によって類似の約款にすでに与えられていた解釈および当事者間で確立していた慣行、
- (e) 当該活動の分野における条件および表現に一般的に与えられた意味および類似の約款がすでに保持していた解釈
- (f) 慣習、ならびに、
- (g) 信義則および誠実な取引の命令。」

等を規定している。わが民法では解釈としてその法理を保っている現状からして、こうした契約（法律行為）の解釈基準の明文化こそもとめられているのではなかろうか。

#### 4-2 ハードシップ条項

さらに、ハードシップ条項である。今日、契約締結時の事情が変更されうることは、当然の事実であろう。その際、その契約の解消か、それとも、再生かは重要な問題である。すなわち、ユニドロワ 6.2.1, ヨーロッパ契約法原則 6 : 111条が参考となる。

ユニドロワ (UNIDORIT) では、第2節ハードシップと明記し、第6.2.1条では、契約の遵守について、以下のように規定する。すなわち、

「契約の履行が、当事者の一方にとって、より負担の大きいものとなっても、ハードシップに関する以下の規定に服するほか、その当事者は自己の債務を履行しなければならない。」

そして、第6.2.2条において、ハードシップを以下のように定義する。

「あるできごとが生じたため、当事者の履行に要する費用が増加し、

または当事者の受領する履行の価値が減少し、それにより契約の均衡に重大な変更がもたらされた場合において、次の各号に定める要件が満たされるときは、ハードシップが存在する。

- (a) そのできごとが生じ、または不利な立場の当事者がそれを知るに至ったのが、契約締結後であること。
- (b) そのできごとが、不利な立場の当事者にとって、契約締結時に、合理的にみて考慮しうるものではなかったこと。
- (c) そのできごとが、不利な立場の当事者の支配を越えたものであること。
- (d) そのできごとのリスクが、不利な立場の当事者により引き受けられていなかったこと。」

さらに、第6.2.3条では、こうしたハードシップの効果として、)  
 「(1) ハードシップがあるとされるときには、不利な立場の当事者は、再交渉を要請する権利を有する。この要請は、不当に遅延することなく、かつそれを基礎づける根拠を示してしなければならない。  
 (2) 再交渉の要請は、それ自体は、不利な立場の当事者に履行を留保する権利を与えるものではない。  
 (3) 合理的期間内に合意に達することができないときは、各当事者は裁判所に次項の判断を求めることができる。  
 (4) 裁判所は、ハードシップがあると認める場合において、それが合理的であるときは、次の各号の判断を行うことができる。  
 (a) 裁判所の定める期日および条件により、契約を解消すること。  
 (b) 契約の均衡を回復させるために契約を改訂すること。」  
 と規定している。

また、現在その作業が概ね終了した、ヨーロッパ契約法原則では、6:111条で、事情の変更と題し、以下のように定めている。

「(1) 履行の費用が増加したためであろうと、反対給付の価値が減少



したためであろうと、履行の負担がより重くなった場合であっても、当事者は債務を履行する義務がある。

- (2) しかし、事情の変更により契約の履行の負担が過度に重くなった場合は、当事者は、以下の条件が満たされる限りにおいて、契約を改訂または終了させるために交渉しなければならない。
  - (a) 事情の変更が契約の締結時以後に発生したこと、
  - (b) 事情の変更の可能性が契約の締結時に合理的に考慮されえなかったこと、および、
  - (c) 契約締結後の事情の変更の危険が、それによって影響を受ける当事者の責に帰すべき事由によるものではないこと。
- (3) 当事者が合理的な期間内に合意に達しなかった場合は、裁判所は、
  - (a) 裁判所によって決定される期日および条件で契約を終了させ、または、
  - (b) 事情の変更から生ずる損失と利益を正当で公平な方法で当事者間に分配するために、契約を改訂することができる。どちらの場合においても、裁判所は、交渉を行うことを拒絶し、または、信義則および誠実な取引の命令に反して交渉を打ち切ったことによって生じた損失について損害賠償を命じうる。」

としている。

なお、BGB（ドイツ民法典）の現代化による規定では、第3款契約の改訂及び終了の箇所において、第313条 行為基礎の障害と題し、以下のような規定をおいている。

- 「(1) 契約の基礎となっていた事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、当事者双方が当該変更を予見することができた場合においては契約を締結せず、又は内容の異なる契約を締結したであろうときは、個々の場合における諸般の事情、特に契約上又は法律上のリスク分配を考慮して、契約を改訂しないで当事者の一方を拘束

することが期待できない限り、契約の改訂を請求することができる。

- (2) 契約の基礎となっていた本質的な観念が誤りであると判明したときも、事情変更と同様とする。
- (3) 契約の改訂が可能でなく、又はそれを当事者の一方に期待できないときは、不利益を被る当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代わり、解約告知権が発生する。」

また、

第314条で重大な事由に基づく継続的債務関係の解約告知につき次のように定めている。

- 「(1) 契約当事者双方は、重大な事由が存在するときは、解約告知期間を遵守せずに継続的債務関係を解約告知することができる。個々の場合における諸般の事情を考慮し、かつ、当事者双方の利益を衡量して、定められた終了時まで又は解約告知期間を過ぎるまで契約関係を存続させることを解約告知当事者に期待できないときは、重大な事由が存在する。
- (2) 重大な事由が契約上の義務違反であるときは、是正のために定められた期間を徒過した後又は催告したが効果がなかった後になってはじめて、解約告知をすることができる。第323条第2項は、[この場合に] 準用する。
- (3) 権利者は、解約告知の事由を知った時から相当の期間内においてのみ告知することができる。
- (4) 損害賠償を請求する権利は、解約告知によって妨げられない。」
- また、「不安の抗弁」に関する規定について以下のように改正している。

「第321条 不安の抗弁権

- (1) 双務契約に基づき先履行義務を負う者は、自己の反対給付請求権が相手方の給付能力喪失により危ぶまれることが契約締結後に判明したときは、自己の給付義務の履行を拒絶することができる。反対給付がされたとき又は反対給付のために担保が成供されたときは、履行拒絶権は消滅する。
  - (2) 先履行義務者は、相手方が給付と引換えに反対給付をするか、担保を成供するかを選択するために相当の期間を定めることができる。その期間が徒過した後に、先履行義務者は、契約を解除することができる。第323条は、「この場合に」準用する」。
- である。」

#### 4-3 原始的不能の規定について

ヨーロッパ契約法原則では、4:102条において、原始的不能と題し、以下のように規定する。すなわち、

「契約が締結された時に、引き受けた債務の履行が不能であったか、または、当事者が契約に関わる財産を処分する権限を有しなかったという理由だけで、契約は無効とはならない。」と。

今日において、原始的不能が無効となるとの見解は、グローバルスタンダードではない。ドイツ民法も、今回の改正で、その点を変更している(前述、民法415条のコメントを参照のこと)。

#### 4-4 意思表示規定の明確化

例えば、詐欺、錯誤等の定義、重大な不均衡等について、明確な定義規定をおくべきである。消費者契約法は、この点、誤認、困惑について、詳細な規定を置いている。

ヨーロッパ契約法原則では、4:103条において、事実または法律に関する錯誤と題し、以下のような規定を置いていることが参考となろう。すなわち、

「(1) 契約が締結された時に存在する事実または法律に関する錯誤のために、当事者は、

(a) (i) 当該錯誤が相手方によって成供された情報によって生じた場合、または、

(ii) 相手方が当該錯誤を知っていたか、または、知るべきであった場合で、思い違いをした当事者を錯誤に陥らせたままにしておくことが信義則および誠実な取引の命令に反する場合、または、

(iii) 相手方も同じ錯誤に陥った場合であり、かつ、

(b) 思い違いをした当事者が真実を知っていたならば、契約を締結しなかったことまたは基本的に異なった条件においてのみ契約を締結したことを相手方が知っていたかまたは知るべきであった場合に、契約を取り消すことができる。

(2) しかし、当事者は、

(a) 諸事情に従って当事者の錯誤が弁解の余地のないものであった場合、または、

(b) 当事者が錯誤の危険を引き受けていたか、または、諸事情に従ってそれを負担すべきであった場合には、契約を取り消しえない。」さらに、4：104条では、伝達上の過誤として、「陳述の表現方法または伝達における過誤は、当該陳述を行い、または、陳述書面を送付した者の錯誤とみなされて、4：103条が適用される。」と定めている。

そして、4：105条（契約の適合）について、以下のように定めている。

「(1) 当事者が錯誤のために契約を取り消す権限を有していたが、相手方が、取消権限を有する当事者によって理解された内容で、契約を履行する意思があることを表示し、または、事実上その内容で履行する場合には、その契約は、取消権を有する当事者によっ

て理解された内容で締結されたものとして扱われうるものとする。相手方は、彼が、契約が取消権を有する当事者によって理解された内容について知らされた後で、かつ、この者が取消の表示を信賴して行為する前においては、直ちにその履行の準備を表明し、または、履行しなければならない。(2) 履行の準備が表明され、または、履行がなされた後は、取消権は喪失し、かつすでになされた取消の表示も無効になる。(3) 両当事者が同じ錯誤に陥った場合は、裁判所は当事者の一方の要求によって錯誤が生じなかったならば合理的に合意されたものに契約を適合させることができる。」と定めている。

また、不正確な情報について、4:106条は、「相手方によって与えられた不正確な情報を信賴して契約を締結した当事者は、当該情報が4:103条に基づく基本的な錯誤を生じさせなかった場合でも、4:117条2項および3項に従って損害賠償を請求することができる。ただし、情報を成供した当事者が情報の正確さを信じる理由を有していた場合は、この限りではない。」とする。

4:107条では、詐欺について、以下のように規定している。

- 「(1) 当事者は、相手方の言葉による場合であろうと、行為による場合であろうと、誤った事情の詐欺的な仮装により、または、信義則および誠実な取引の命令に従って相手方が開示すべきであった情報の詐欺的な沈黙により、当事者が契約を締結することに導かれた場合に、契約を取り消すことができる。
- (2) 当事者による誤った事情の仮想または沈黙は、欺くことが意図されている場合に、詐欺的であるという。
- (3) 当事者が特定の情報を開示することが信義則および誠実な取引の命令によって要求されているか否かを決定する際には、あらゆる事情、なかんずく、
- (a) 当事者が特殊な専門知識を持っているか否か、

- (b) 当該情報を取得する当事者が負担する費用,
- (c) 相手方が自分自身で情報を合理的に取得することができたか否か, また,
- (d) 相手方にとっての当該情報の明白な合理性, が考慮されるべきである。」とし,

4 : 108条では, 強迫について, 以下のように規定している。

「当事者は, 相手方による切迫した重大な以下のような強迫行為によって契約の締結に導かれた場合に, 契約を取り消すことができる。

- (a) 本質的に違法な行為, または,
- (b) 契約の締結を獲得する手段として利用することが違法な行為, ただし, 諸般の事情に従って最：初の当事者に合理的な選択肢が残されている場合は, この限りではない。」

と定めている。

## 5 「民法現代語化案』に関する意見募集の結果について

[www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI50/result-minji50.html](http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI50/result-minji50.html)より

第1 意見数・52件 (10団体, 個人42名)

第2 意見の概要民法を現代語化すること自体については, 賛成する意見が多数を占めた。その他に次のような意見があった。

### 1 確立された判例・通説の解釈に基づく改正について

- (1) 第415条についてすべての債務不履行に帰責事由が必要であるか否かについては, 学説上異論があり, 現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。
- (2) 第541条について解除について債務者の帰責事由を必要としないとの見解が学説上有力となっており, 現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。

(3) 第711条について近親者の身体侵害の場合の損害賠償請求権については、本条を根拠とする見解のほか、第709条等を根拠とする見解もあり、現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。

2 条番号の整序について多数の文献等の蓄積を考慮し、条番号は変更すべきでないとの意見があった。

3 括弧書きの定義について民法のような基本法においては定義を置くことに慎重であるべきである、定義を置くことは実質改正と同じことになる、当然の内容で定義を置く意味がないものが多数ある、定義の内容に疑義があるもの・学説上争いのあるもの等一義的な定義を置くことが困難なものがある、異なる語に同一の定義が置かれ定義として意味をなさないものがある等の意見があった。

4 条見出しについて「の」の字が多すぎて読みにくいとの意見があった。特に、「担保責任」等は一般に通用する用語であり、あえて「の」の字を入れる必要はないとの意見が複数あった。

## 5 その他

○「償金」を「賠償金」に置き換えることについて、「賠償金」は違法性のある行為に基づくものと理解されるおそれがあるとの意見があった。

○「〇〇に関する規定」を準用する旨の規定について準用の対象を章名等で限定することについて、対象外とされた条文も準用の対象と考える見解もあるので、限定するのは適当でないとする意見があった。

○「責めに任ずる」と「責任を負う」のいずれかに統一すべきである、あるいは、「責任を負う」に統一すべきであるとする意見があった。

○第36条について、「日本において法人であるとは認められない」とする表現では、学説上の通説的見解と抵触するおそれがあるとする意見があった。

○第78条について、「現務」を「任務」に置き換えることについて、

ここでは現に施行中の事務が問題となるのであるから、置き換えは適当でないとする意見があった。

○「労働に服する」という表現は適当でないとする意見があった。

第3 意見に対する当省の考え方成出された意見については、今回の現代語化を内容とする民法改正に際して参考にした。

以上

本稿はもともと12月末段階での資料にもとづいている。したがってその後出版された、「民法の現代語化について」銀法21・641号4頁以下、ジュリスト1283号、池田真朗編「新しい民法現代語化の経緯と解説」等は十分に参照できなかった。また法教294号4頁、16頁も同様である。

- (1) 法務省の民事局参事官室による民法現代語化案に関する補足説明による。
- (2) 議案名「民法の一部を改正する法律案」の審議経過は以下のとおりである。なお、みるべき議論はみあたらないが、提出の際の説明と議論について記載しておく。

議案種類 閣法、議案提出回次 161、議案番号 17

議案件名 民法の一部を改正する法律案

議案提出者 内閣

衆議院予備審査議案受理年月日 平成16年10月12日

衆議院議案受理年月日 平成16年11月10日

衆議院付託年月日／衆議院付託委員会 平成16年11月12日／法務

衆議院審査終了年月日／衆議院審査結果 平成16年11月19日／可決

参議院議案受理年月日 平成16年10月12日

参議院付託年月日／参議院付託委員会 平成16年11月1日／法務

現代語化について質問

○吉田博美

(中略)

現代語化について質問をいたします。

戦後59年を過ぎた今、ようやく片仮名、文語体から現代語に書き換えられることとなりますが、法務大臣、率直にこの件についての御意見をお聞



かせいただきたいと思います。御感想でございます。

○国務大臣(南野知恵子) これまでの民法、今回も見せていただきました。改めて見てみますと、やはり片仮名混じりで本当に読みにくいなと思ったりいたしております。現在の国民の方々にはなかなか理解しにくい点が多いのではないかな、そのように思っており、不親切な法律だなというふうにも、書き方だなとも思ったりいたしておりました。それが正直な感想でございます。

この点を改める法律案を今回提出することになりました。今まで59年も時間が掛かり過ぎていたじゃないかというようなこともございますけれども、私といたしましては、現代語化の必要性を身をもって痛感している一人でございます。

そういう意味もありまして、何とぞこの法律案の成立を早くしていただきたいものだというふうに思っております。

以上です。

○吉田博美 これまで現代語化するためにどのような検討が行われたのでしょうか。また、今まで書換えにかなりの期日を要しておりますが、その理由についてお聞かせいただきたいと思います。

○政府参考人(房村精一) ただいま大臣からも御答弁申し上げましたように、民法の現代語化、大分時間が掛かっております。法務省といたしましては、民法をできるだけ国民に分かりやすく現代化する必要があるというのはかねてから感じていたところでございまして、平成3年から民法学者を中心とする研究会を設けましてその具体的な検討を行ったわけでございます。

一応その成果は平成8年にまとまったわけでございますが、その後、御承知のように、非常に民事基本法に関する立法が相次ぎました。特に商法等について毎年のように改正を行いましたし、また倒産法制全般についての立法作業もありました。また、民法についてみましても、成年後見であるとか中間法人であるとか様々な改正がなされると。そのような立法作業に追われましてなかなか民法全体を現代語化する作業が進まなかったわけでございますが、やっとある程度まとまりましたので、今年の8月にその現代語化案を公表いたしまして、パブリックコメントに付しまして広く国民から意見を求めまして、その結果を踏まえて今回の法案ということで提出をさせていただいたわけでございます。

参議院審査終了年月日／参議院審査結果 平成16年11月9日／可決

参議院審議終了年月日／参議院審議結果 平成16年11月10日／可決

債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正

### する法律案

○渡辺孝男の法務委員会における審査の経過と結果の報告（なお、法務委員会では、池田真郎教授が参考人として意見を述べている。

まず、民法の一部を改正する法律案は、保証契約の内容の適正化の観点から、個人保証人の保護を図るため、貸金等根保証契約について極度額、元本確定期日等に関する規定を新設することその他の保証債務に関する規定の整備を行うとともに、民法を国民に理解しやすいものとするため、その表記を現代語化するものであります。

次に、債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律案は、法人による動産及び債権の譲渡の円滑化を図るため、法人がする動産の譲渡につき、登記による新たな対抗要件の制度を創設するとともに、法人がする債務者の特定していない将来債権の譲渡等についても登記により対抗要件を備えることができるようにするものであります。

委員会におきましては、両法律案を一括して議題とし、民法の現代語化の検討の経緯及び基本方針、保証制度の見直しが中小企業の資金調達に与える影響、保証契約書の交付の義務付け、事情変更による解約権等の更なる保証人保護の必要性、動産・債権譲渡登記制度の活用の見通し、労働債権の確保のための法整備の必要性等について質疑が行われ、また、参考人から意見を聴取いたしました。その詳細は会議録によって御承知願います。

質疑を終局し、討論に入りましたところ、民主党・新緑風会の築瀬委員、日本共産党の井上委員より、債権譲渡特例法改正案に反対、民法改正案に賛成の意見が、それぞれ述べられました。

討論を終わり、順次採決の結果、民法の一部を改正する法律案は全会一致をもって、債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律案は多数をもって、いずれも原案どおり可決すべきものと決定。

なお、両法律案に対してそれぞれ附帯決議（保証人の責任制限について今後も検討する、債権譲渡に関する）がある。

投票総数	229
賛成	229
反対	0

\*衆議院11月25日可決。

(3) CHUKYO LAWYER 2号 111頁以下参照。

(4) 法務省のホームページに掲載された、パブリックコメントの集計結果は以下のようである(5)。(注URL記入)。

## 第1 意見数

52件(10団体, 個人42名)

## 第2 意見の概要

民法を現代語化すること自体については, 賛成する意見が多数を占めた。その他に次のような意見があった。

### 1 確立された判例・通説の解釈に基づく改正について

- (1) 第415条についてすべての債務不履行に帰責事由が必要であるか否かについては, 学説上異論があり, 現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。
- (2) 第541条について解除について債務者の帰責事由を必要としないとの見解が学説上有力となっており, 現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。
- (3) 第711条について近親者の身体侵害の場合の損害賠償請求権については, 本条を根拠とする見解のほか, 第709条等を根拠とする見解もあり, 現代語化案は必ずしも確立された判例・通説の解釈に基づくものとはいえないとの意見があった。

### 2 条番号の整序について

多数の文献等の蓄積を考慮し, 条番号は変更すべきでないとの意見があった。

### 3 括弧書きの定義について

民法のような基本法においては定義を置くことに慎重であるべきである, 定義を置くことは実質改正と同じことになる, 当然の内容で定義を置く意味がないものが多数ある,

定義の内容に疑義があるもの, 学説上争いのあるもの等一義的な定義を置くことが困難なものがある, 異なる語に同一の定義が置かれ定義として意味をなさないものがある等の意見があった。

### 4 条見出しについて

「の」の字が多すぎて読みにくいとの意見があった。特に, 「担保責任」等は一般に通用する用語であり, あえて「の」の字を入れる必要はないとの意見が複数あった。

### 5 その他

- ・「償金」を「賠償金」に置き換えることについて, 「賠償金」は違法性のある行為に基づくものと理解されるおそれがあるとの意見があった。

- ・「〇〇に関する規定」を準用する旨の規定について準用の対象を章名等で限定することについて, 対象外とされた条文も準用の対象と考える見解もあるので, 限定するのは適当でないとする意見があった。

- ・「責めに任ずる」と「責任を負う」のいずれかに統一すべきである、あるいは、「責任を負う」に統一すべきであるとする意見があった。

- ・第36条について、「日本において法人であるとは認められない」とする表現では、学説上の通説的見解と抵触するおそれがあるとする意見があった。

- ・第78条について、「現務」を「任務」に置き換えることについて、ここでは現に施行中の事務が問題となるのであるから、置き換えは適当でないとする意見があった。

- ・「労働に服する」という表現は適当でないとする意見があった。

### 第3 意見に対する当省の考え方

成出された意見については、今回の現代語化を内容とする民法改正に際して参考にした。

(5) 文献挿入

(6) 個々で、補足説明において採りあげられた条文以外、民法388条の法定地上権に関する規定が、何の説明もないまま、従来、「土地または建物のみ」と規定していたのを、「土地および建物につき」と変更されている。

(7) 詳細については、注民⑦ 103～107頁参照。

(8) なお、成立法ではこうした定義規定は全て削除されている。